



SF-FS | ITSL-TAGUNG

Automatisierte Entscheidungen

13. November 2019, 14:15 – 18:00 Uhr

HWZ Hochschule für Wirtschaft Zürich

Lagerstrasse 5, 8004 Zürich

Der technische Fortschritt – insbesondere im Bereich der künstlichen Intelligenz bzw. des maschinellen Lernens – führt dazu, dass in immer mehr Bereichen des täglichen Lebens automatisiert Entscheidungen gefällt werden. Praktische Beispiele sind Data-Scoring im Online-Handel, im Versicherungs- oder Kreditwesen, automatisierte Entscheidungen über die Einreise in ein bestimmtes Land, bei Stellenbewerbungen oder über Fristerstreckungsgesuche im steuerrechtlichen Verwaltungsverfahren. Die rasante Ausbreitung solcher Praktiken hat in Fachkreisen Bedenken geweckt.

Der Gesetzgeber ist aber nicht untätig geblieben: Soweit Personendaten betroffen sind, besteht mit Art. 22 der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) bereits eine Bestimmung, welche diesen Bedenken Rechnung zu tragen versucht. Auch der Revisionsentwurf des Schweizer Datenschutzgesetzes (DSG) enthält eine Bestimmung zu automatisierten Entscheidungen. Ob diese (datenschutzrechtlichen) Regelungsansätze allerdings aus theoretischer und praktischer Sicht überzeugen, wurde bisher kaum untersucht. Dieses Ziel setzt sich diese gemeinsam von SF-FS und dem Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) organisierte Veranstaltung.

Im ersten Teil der Tagung umreissen drei Referate grundrechtliche, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Grundsatzfragen des Themas. Die Referierenden greifen dabei auf neuste Erkenntnisse aus einem ITSL-Forschungsprojekt zurück. Im zweiten Teil berichten Experten aus der Praxis exemplarisch über relevante konkrete Rechtsfragen im Zusammenhang mit automatisierten Entscheidungen. Sie illustrieren damit die Reichweite und die unterschiedlichen Implikationen, welche die Regulierung automatisierter Entscheidungen in der Rechtberatung schon heute hat.

Programm

14:15 – 14:30

Einführung

Prof. Dr. FLORENT THOUVENIN, Tagungsleiter, Universität Zürich

14:30 – 14:50

Perspektive Grundrechte

Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Rechtsanwalt, Universität Zürich

14:50 – 15:20

Perspektive Privatrecht

Prof. Dr. FLORENT THOUVENIN und Dr. ALFRED FRÜH, beide Universität Zürich

15:20 – 15:45

Perspektive öffentliches Recht

Prof. Dr. NADJA BRAUN BINDER, Universität Basel

15:45 – 16:15

Pause

16:15 – 16:35

Auswahl von Arbeitnehmerinnen und -nehmern

Dr. MATTHIAS GLATTHAAR, Migros-Genossenschafts-Bund

16:35 – 16:55

Bestimmung von Vertragskonditionen

ROLAND MATHYS, Rechtsanwalt, Zürich

16:55 – 17:15

Haftung für automatisierte Entscheidungen

CLARA-ANN GORDON, Rechtsanwältin, Zürich

17:15 – 18:00

Panel- und Plenumsdiskussion
mit den Referierenden

ab 18:00

Apéro

Bestimmungen zu automatisierten Entscheidungen

I. Kernbestimmungen

1. Datenschutz-Richtlinie (RL 95/46)¹

Artikel 15 Automatisierte Einzelentscheidungen

(1) Die Mitgliedstaaten räumen jeder Person das Recht ein, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht, wie beispielsweise ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer Kreditwürdigkeit, ihrer Zuverlässigkeit oder ihres Verhaltens.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieser Richtlinie vor, daß eine Person einer Entscheidung nach Absatz 1 unterworfen werden kann, sofern diese

- a) im Rahmen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertrags ergeht und dem Ersuchen der betroffenen Person auf Abschluß oder Erfüllung des Vertrags stattgegeben wurde oder die Wahrung ihrer berechtigten Interessen durch geeignete Maßnahmen - beispielsweise die Möglichkeit, ihren Standpunkt geltend zu machen - garantiert wird oder
- b) durch ein Gesetz zugelassen ist, das Garantien zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person festlegt.

2. Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)²

Artikel 22 Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling

(1) Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Entscheidung

- a) für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist,
- b) aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten oder
- c) mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt.

(3) In den in Absatz 2 Buchstaben a und c genannten Fällen trifft der Verantwortliche angemessene Maßnahmen, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört.

(4) Entscheidungen nach Absatz 2 dürfen nicht auf besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Artikel 9 Absatz 1 beruhen, sofern nicht Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder g gilt und angemessene Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person getroffen wurden.

¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, S. 31 ff. Die Richtlinie wurde mit Inkrafttreten der DSGVO per 25. Mai 2018 aufgehoben (Art. 94 Abs. 1 DSGVO).

² Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, S. 1 ff.

3. Europarat Konvention 108³

Artikel 9 Rechte der betroffenen Person⁴

¹ Jede Person hat das Recht:

- a nicht einer Entscheidung unterworfen zu werden, die erhebliche Auswirkungen auf sie hat und die ausschließlich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruht, ohne dass ihr Standpunkt berücksichtigt wird.

[...]

² Absatz 1 Buchstabe a ist nicht anwendbar, wenn die Entscheidung aufgrund des Gesetzes, dem der für die Verarbeitung Verantwortliche unterstellt ist, zulässig ist und dieses Gesetz zudem geeignete Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der legitimen Interessen der betroffenen Person vorsieht.

4. Entwurf Datenschutzgesetz (E-DSG)⁵

Art. 19 Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung

¹ Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung, einschliesslich Profiling,⁶ beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.

² Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.

³ Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn:

- a. die Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird; oder
- b. die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt.

⁴ Ergeht die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan, so muss es die Entscheidung entsprechend kennzeichnen. Absatz 2 gilt nicht, wenn der betroffenen Person gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel zur Verfügung steht.⁷

³ Übereinkommen vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (SEV Nr. 108) in der durch Protokoll vom 10. Oktober 2018 (SEV Nr. 223) geänderten Fassung. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 30. Oktober 2019 beschlossen, das Änderungsprotokoll zu unterzeichnen (siehe dazu <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76861.html>>).

⁴ Eigene Übersetzung der Bestimmung aus dem Englischen.

⁵ Entwurf des Bundesgesetzes über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl. 2017 7193 ff.

⁶ In der Fassung des Beschlusses des Nationalrats vom 25. September 2019 wurde der Einschub «einschliesslich Profiling» gestrichen (siehe <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-11%20D.pdf>>).

⁷ Art. 19 Abs. 4 Satz 2 lautet in der Fassung des Beschlusses des Nationalrats vom 25. September 2019 (abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-11%20D.pdf>>) wie folgt: «Absatz 2 ist nicht anwendbar, wenn die betroffene Person nach Artikel 30 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 oder nach einem anderen Bundesgesetz vor dem Entscheid nicht angehört werden muss.»

II. Weitere Bestimmungen

1. Datenschutz-Richtlinie (RL 95/46)

Artikel 12 Auskunftsrecht

Die Mitgliedstaaten garantieren jeder betroffenen Person das Recht, vom für die Verarbeitung Verantwortlichen folgendes zu erhalten:

- a) frei und ungehindert in angemessenen Abständen ohne unzumutbare Verzögerung oder übermäßige Kosten

[...]

- Auskunft über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der sie betreffenden Daten, zumindest im Fall automatisierter Entscheidungen im Sinne von Artikel 15 Absatz 1;

[...]

2. Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

Artikel 13 Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person [...]

(2) Zusätzlich zu den Informationen gemäß Absatz 1 stellt der Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten folgende weitere Informationen zur Verfügung, die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten:

[...]

- f) das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

[...]

Artikel 14 Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden

[...]

(2) Zusätzlich zu den Informationen gemäß Absatz 1 stellt der Verantwortliche der betroffenen Person die folgenden Informationen zur Verfügung, die erforderlich sind, um der betroffenen Person gegenüber eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten:

[...]

- g) das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

[...]

Artikel 15 Auskunftsrecht der betroffenen Person

(1) Die betroffene Person hat das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und auf folgende Informationen:

[...]

- h) das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

[...]

Artikel 35 Datenschutz-Folgenabschätzung

[...]

- (3) Eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Absatz 1 ist insbesondere in folgenden Fällen erforderlich:
- a) systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf automatisierte Verarbeitung einschließlich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen;

[...]

Artikel 47 Verbindliche interne Datenschutzvorschriften

- (1) Die zuständige Aufsichtsbehörde genehmigt gemäß dem Kohärenzverfahren nach Artikel 63 verbindliche interne Datenschutzvorschriften, sofern diese

[...]

- e) die Rechte der betroffenen Personen in Bezug auf die Verarbeitung und die diesen offenstehenden Mittel zur Wahrnehmung dieser Rechte einschließlich des Rechts, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung — einschließlich Profiling — beruhenden Entscheidung nach Artikel 22 unterworfen zu werden sowie des in Artikel 79 niedergelegten Rechts auf Beschwerde bei der zuständigen Aufsichtsbehörde beziehungsweise auf Einlegung eines Rechtsbehelfs bei den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten und im Falle einer Verletzung der verbindlichen internen Datenschutzvorschriften Wiedergutmachung und gegebenenfalls Schadenersatz zu erhalten;

[...]

3. Entwurf Datenschutzgesetz (E-DSG)

Art. 23 Auskunftsrecht

[...]

² Die betroffene Person erhält diejenigen Informationen,⁸ die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. In jedem Fall werden ihr folgende Informationen mitgeteilt:

[...]

- f. gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht;⁹

[...]

⁸ Art. 23 Abs. 2 lautet in der Fassung des Beschlusses des Nationalrats vom 25. September 2019 (abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-11%20D.pdf>>) wie folgt: «Die betroffene Person erhält ausschliesslich diejenigen Informationen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann. Ihr werden folgende Informationen mitgeteilt:»

⁹ Art. 23 Abs. 2 lit. f lautet in der Fassung des Beschlusses des Nationalrats vom 25. September 2019 (abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-11%20D.pdf>>) wie folgt: «gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht, sofern diese mit einer Rechtsfolge oder einer erheblichen Beeinträchtigung verbunden ist:»



SF-FS | ITSL-TAGUNG
Automatisierte Entscheidungen

Perspektive Grundrechte

Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Rechtsanwalt, Universität Zürich



Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte

Prof. Dr. Rolf H. Weber

Universität Zürich / Rechtswissenschaftliches Institut
Center for Information Technology Society and Law – ITSL

Zürich, 13. November 2019

UZH-ITSL. Zürich. Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte. Prof. Dr. Rolf H. Weber

Seite 1



Überblick

Potentiell betroffene Grundrechte

Ziele der einschlägigen Grundrechte

Konkrete kritische Bereiche bei
automatisierten Entscheidungen

Anknüpfungspunkte für
verbesserte Grundrechtswirkungen



Potentiell betroffene Grundrechte

Menschenwürde und Integrität

Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz

Kommunikationsgrundrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen

Weitere Grundrechte



Ziele der einschlägigen Grundrechte

Normative Nichtdiskriminierung
(Problem der „ungleichen“ Betroffenheit)

Transparenz und Vorhersehbarkeit

Accountability und Verantwortung

Trust und IT-Resilienz (Datensicherheit)



Konkrete kritische Bereiche I

„Human Resources“ und Arbeitsplatz

Biomedizinische „Umgebung“

Ältere und behinderte Menschen

Online Content (Moderation)



Konkrete kritische Bereiche II

Erziehung und Bildung (Scoring)

Finanzmärkte (Scoring)

Verfahrensgarantien



Human Resources und Arbeitsplatz

Anstellung (Bewerbungsprozess)

„Begleitung“ während Beschäftigung

Sozialschutzvorschriften

Potentiell betroffene Grundrechte



Biomedizinische „Umgebung“

Diagnostik

Patientenbetreuung

Betreuung älterer und behinderter Menschen

Potentiell betroffene Grundrechte



Online Content (Moderation)

„Verwaltung“ von Informationen (Information Overload)

Anwendbare Standards

Potentiell betroffenen Grundrechte

Haftung der Provider



Finanzmärkte

Zugang zu Dienstleistungen: Credit Scoring

Betreuung von Kunden

RegTech und Informationslieferungen

Potentiell betroffene Grundrechte



Verfahrensgarantien

Legalitätsprinzip

Recht auf Gehör

Recht auf Akteneinsicht

Recht auf Begründung staatlichen Handelns

Grundrechtsrelevante Risikobeurteilung in Strafverfahren



Anknüpfungspunkte für verbesserte Grundrechtswirkungen

Verstärkung der werte-orientierten „Leadership“
(Interaktion Mensch-Maschine)

Beteiligung aller Betroffenen (Multistakeholder-Ansatz)

Einführung unabhängiger Review-Panels

Sicherheit und Robustheit der Systeme

Grundrechte-„Impact Assessment“?

Entwicklung neuer Grundrechte?



SF-FS | ITSL-TAGUNG
Automatisierte Entscheidungen

Perspektive Privatrecht

Prof. Dr. FLORENT THOUVENIN und Dr. ALFRED FRÜH, beide Universität Zürich



Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Privatrecht

Prof. Dr. Florent Thouvenin

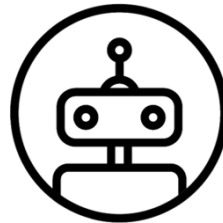
Lehrstuhl für Informations- und Kommunikationsrecht,
Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL)
und Digital Society Initiative (DSI) der Universität Zürich

Dr. Alfred Früh

Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL)
und Digital Society Initiative (DSI) der Universität Zürich

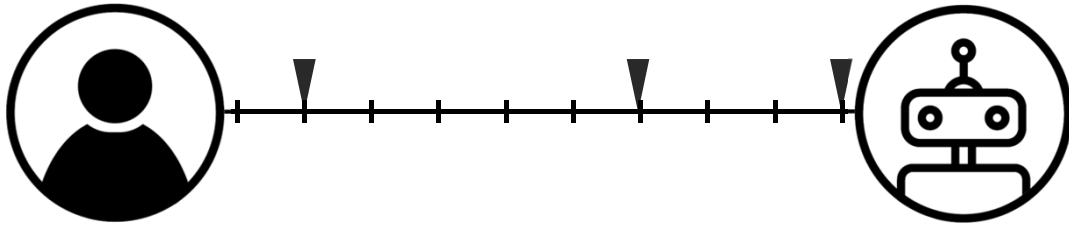


Mensch vs. Maschine





Mensch vs. Maschine



Heutiger Regulatorischer Ansatz: DSGVO

Artikel 22 – Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling

(1) Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Entscheidung

- a) für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist,
- b) aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Massnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten oder
- c) Mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt.

(3) In den in Absatz 2 Buchstaben a und c genannten Fällen trifft der Verantwortliche angemessene Massnahmen, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört.

(4) Entscheidungen nach Absatz 2 dürfen nicht auf besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Artikel 9 Absatz 1 beruhen, sofern nicht Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder g gilt und angemessene Massnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person getroffen wurden.



Heutiger Regulatorischer Ansatz: Konvention 108 des Europarats

Art. 8 – Rechte der betroffenen Person

1. Jede Person hat das Recht:
 - a. nicht einer Entscheidung unterworfen zu werden, die erhebliche Auswirkungen auf sie hat und die ausschliesslich auf einer automatischen Datenverarbeitung beruht, ohne dass ihr Standpunkt berücksichtigt wird;
- [...]
2. Absatz 1 Buchstabe a ist nicht anwendbar, wenn die Entscheidung aufgrund des Gesetzes, dem der für die Verarbeitung Verantwortliche unterstellt ist, zulässig ist und dieses Gesetz zudem geeignete Massnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten sowie der legitimen Interessen der betroffenen Person vorsieht.



Heutiger Regulatorischer Ansatz: E-DSG

Artikel 19 – Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung

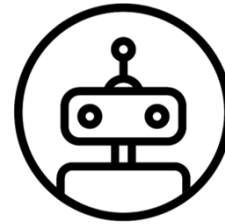
- 1 Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.
- 2 Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.
- 3 Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn:
 - a. die Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird; oder
 - b. die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt.
- 4 Ergeht die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan, so muss es die Entscheidung entsprechend kennzeichnen. Absatz 2 ist nicht anwendbar, wenn die betroffene Person nach Artikel 30 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 oder nach einem anderen Bundesgesetz vor dem Entscheid nicht angehört werden muss.



Alternativer regulatorischer Ansatz

○ Zweck

- Nachvollziehbarkeit
- Qualität
- Transparenz
- Fairness
- Feedback



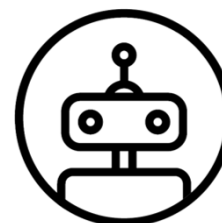
Alternativer regulatorischer Ansatz

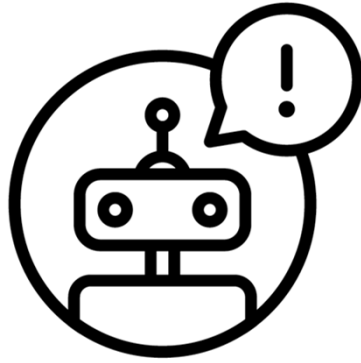
○ Anwendungsbereich

- Kein Abstellen auf Aufgabenteilung Mensch – Maschine
- Richtiger Anknüpfungspunkt?

○ Regelungsgehalt

- Allgemeine Transparenzpflicht
- Erweiterte Transparenzpflicht







SF-FS | ITSL-TAGUNG
Automatisierte Entscheidungen

Perspektive öffentliches Recht

Prof. Dr. NADJA BRAUN BINDER, Universität Basel



Automatisierte Entscheidungen: Perspektive öffentliches Recht

Nadja Braun Binder
Tagung SF-FS und ITSL vom 13.11.2019

Agenda

1 Regelungsentwurf DSGVO

2 Regelungsbedarf

3 Kritische Würdigung

4 Fazit

Regelungsentwurf DSG

– Schweiz: Entwurf DSG, Stand NR 25.09.2019

Artikel 19 – Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung

(1) Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung, ~~einschliesslich Profiling~~, beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.

(2) Er gibt der betroffenen Person **auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen**. Die betroffene Person kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn:

- a. die Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird; oder
- b. die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt.

(4) Ergeht die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan, so muss es die **Entscheidung entsprechend kennzeichnen**. Absatz 2 gilt nicht, ~~wenn der betroffenen Person gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel zur Verfügung steht~~; ist nicht anwendbar, wenn die betroffene Person nach Artikel 30 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 oder nach einem anderen Bundesgesetz vor dem Entscheid nicht angehört werden muss.

Regelungsentwurf DSG

«Dies [= Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung – Anm. d. Autorin] ist der Fall, **wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat.**»

«Absatz 4 betrifft automatisierte Einzelentscheidungen, die durch ein Bundesorgan ergehen. Dabei handelt es sich grundsätzlich um **Verfügungen.**»

Quelle: Botschaft des Bundesrates vom 15.09.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 (7056, 7059)

Agenda

- 1 Regelungsentwurf DSGVO
- 2 **Regelungsbedarf**
- 3 Kritische Würdigung
- 4 Fazit

Regelungsbedarf (Sicht des Rechtssetzers)

– Richtlinie 95/46/EG

Artikel 15 – Automatisierte Einzelentscheidungen

(1) Die Mitgliedstaaten räumen jeder Person das Recht ein, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht, wie beispielsweise ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer Kreditwürdigkeit, ihrer Zuverlässigkeit oder ihres Verhaltens.

→ Begründung zu Art. 15 (= im Entwurf noch Art. 16) der Richtlinie 95/46/EG:

«Die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der Informatik bei der Entscheidungsfindung ist eine der Hauptgefahren der Zukunft: Das von der Maschine gelieferte Ergebnis, die immer höher entwickelte Software und Expertensysteme zugrunde legt, **hat einen scheinbar objektiven und unstreitbaren Charakter, dem der menschliche Entscheidungsträger übermäßige Bedeutung beimessen kann, wenn er seiner Verantwortung nicht nachkommt.**»

Quelle: KOM(92) 422 endg., S. 26

Regelungsbedarf (Sicht des Rechtssetzers)

– Schweiz: Entwurf DSG vom 19. Februar 2003

Artikel 7b (neu) – Informationspflicht betreffend automatisierte Einzelentscheide

Die betroffene Person muss ausdrücklich darüber informiert werden, wenn ein Entscheid, der für sie rechtliche Folgen hat oder sie sonst wesentlich betrifft, ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht, welche die Bewertung einzelner Aspekte ihrer Persönlichkeit bezweckt.

Quelle: BBl 2003 2156 (2158)

→ Botschaft des Bundesrates zu Artikel 7b

«Damit [mit der Informationspflicht – Anm. NBB] soll verhindert werden, dass die Bewertung von Persönlichkeitsaspekten der betroffenen Person ausschliesslich in automatisierter Form erfolgt, ohne dass eine Beurteilung durch Menschen vorgenommen und ohne dass die betroffene Person darüber informiert wird, wie dieser Entscheid getroffen wurde.»

«Damit [mit der Informationspflicht – Anm. NBB] wird für die betroffene Person ein Stück weit das **rechtliche Gehör** gewährleistet.»

Quelle: BBl 2003 2101 (2134)

Regelungsbedarf (Sicht des Rechtssetzers)

– Schweiz: Entwurf DSG vom 15. September 2017 – Botschaft des Bundesrates

Zu Artikel 19

«Die Einführung dieses neuen Begriffs [automatisierte Einzelentscheidungen – Anm. NBB] erfolgt, weil aufgrund der technologischen Entwicklung **solche Entscheidungen immer häufiger auftreten werden.**»

Quelle: BBl 2017 6941 (7056)

Agenda

- 1 Regelungsentwurf DSGVO
- 2 Regelungsbedarf
- 3 Kritische Würdigung
- 4 Fazit

Kritische Würdigung (I)

– Ungeeignete Regelung automatisierter Einzelentscheidungen

1. Der formulierte Regelungsbedarf (→ Notwendigkeit, vollautomatisiert erlassene Verfügungen zu regeln) müsste im öffentlichen Recht zu einer Anpassung des Verwaltungsverfahrenrechts führen. Das DSGVO ist nicht der geeignete Regelungsort.
2. Art. 19 DSGVO-E verankert mit Blick auf den vollautomatisierten Erlass von Verfügungen keine über das rechtliche Gehör hinausgehenden Ansprüche, schafft aber neue Unklarheiten bezüglich des Rechtsmittels/der Fristen, die bei einer Verletzung des «datenschutzrechtlichen rechtlichen Gehörs» gelten sollen.
3. Vorzuziehen wäre eine Regelung im VwVG, wonach
 - vollautomatisiert erlassene Verfügungen als Verfügungen i.S. des VwVG gelten,
 - das Untersuchungsprinzip, die Mitwirkungspflicht der Parteien und der Anspruch auf rechtliches Gehör auch im Falle der Vollautomatisierung sichergestellt sind,
 - vollautomatisiert erlassene Verfügungen (abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen) begründet werden.

Kritische Würdigung (II)

– Keine Regelung automatisierter Entscheidungsunterstützung

Die automatisierte Entscheidungsunterstützung hat aufgrund der Digitalisierung (Menge der genutzten Daten, enorme Rechenkapazitäten, maschinelle Lernverfahren etc.) ein Ausmass erreicht, das den Menschen bei seiner Entscheidung vor neue Herausforderungen stellt. Diese Herausforderungen werden in den datenschutzrechtlichen Regelungen der automatisierten Einzelentscheidungen **nicht adressiert**.

Kritische Würdigung (II)

– Regulierungsvorschlag für automatisierte Entscheidungsunterstützung im öffentlichen Sektor:

1. Jede Behörde, die automatisierte Entscheidungsunterstützung bei der Interaktion mit Einzelpersonen verwendet, sollte verpflichtet sein, die Nutzung dieses Systems in einem speziellen öffentlichen Register offenzulegen. Das Register würde den Verwendungszweck des Systems, eine Erklärung des Modells (Logik) und Informationen darüber, wer das System entworfen hat, enthalten. Darüber hinaus sollte jede Person, die von einer Entscheidung betroffen ist, die auf automatisierter Entscheidungsunterstützung basiert, entsprechend informiert werden.
2. Zusätzliche, erhöhte Transparenzanforderungen gelten für die Nutzung von automatisierter Entscheidungsunterstützung im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verfügung oder eines Gerichtsurteils. Die betroffene Person muss in der Lage sein, eine auf Basis automatisierter Entscheidungsunterstützung erlassene/s Verfügung/Urteil anzufechten. Zu diesem Zweck muss sie das Recht haben, alle relevanten Informationen anzufordern.

Agenda

- 1 Regelungsentwurf DSGVO
- 2 Regelungsbedarf
- 3 Kritische Würdigung
- 4 Fazit

Fazit

- **Kein Mehrwert der Regelung in Art. 19 DSGVO mit Blick auf vollautomatisiert erlassene Verfügungen.** Besser wäre es, wo notwendig, Regelungen für vollautomatisiert erlassene Verfügungen im Rahmen des Verwaltungsverfahrenrechts zu verankern.
- **Praktisch relevante Fragen** im Zusammenhang mit automatisierter **Entscheidungsunterstützung** werden weder in Art. 22 DSGVO noch in Art. 19 E-DSG adressiert. Im Kontext staatlicher Entscheidungen sind insbesondere Regelungen zur Herstellung von Transparenz als Grundlage für Kontrollmöglichkeiten notwendig.



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.



SF-FS | ITSL-TAGUNG
Automatisierte Entscheidungen

Auswahl von Arbeitnehmerinnen und –nehmern

Dr. MATTHIAS GLATTHAAR, Migros-Genossenschafts-Bund

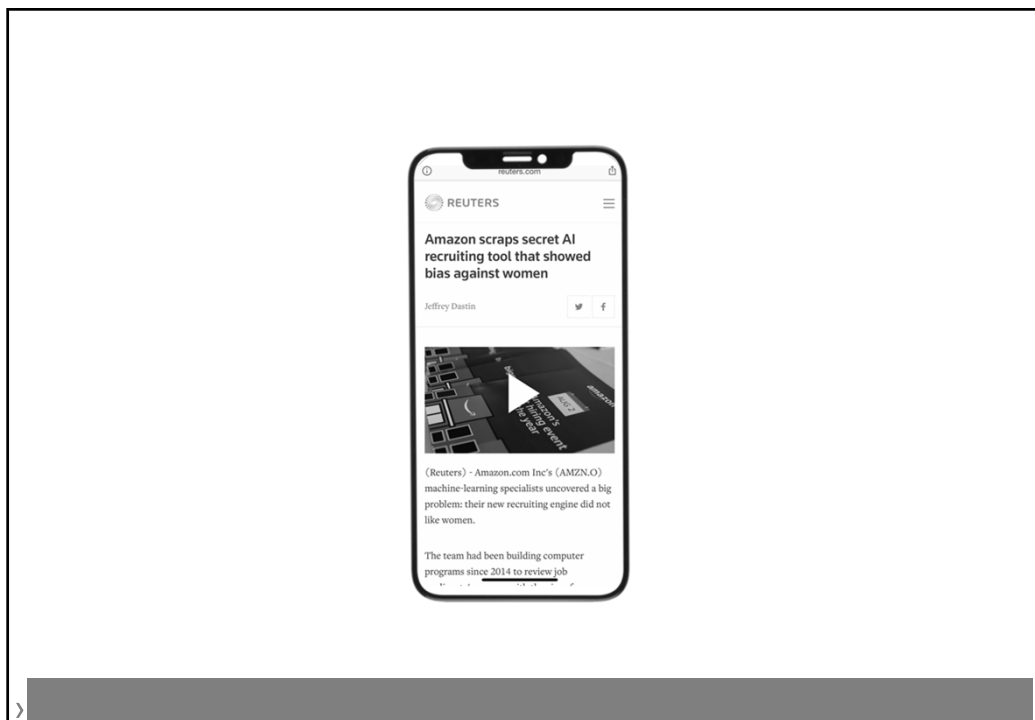
Automatisierte Einzelentscheide Rekrutierungsalgorithmen

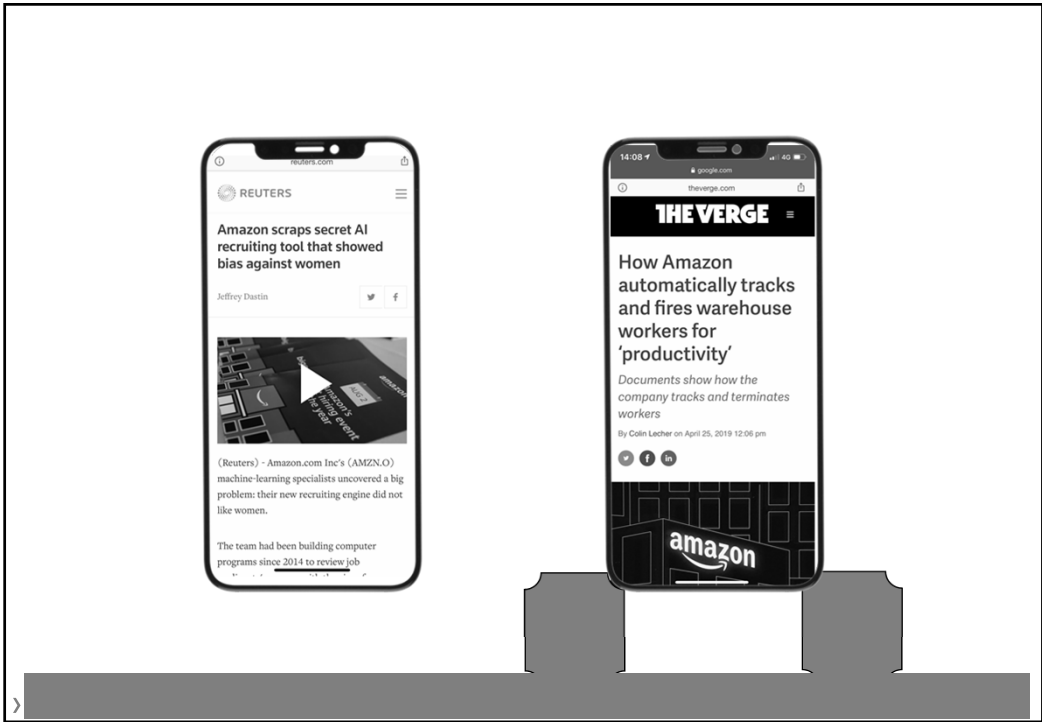
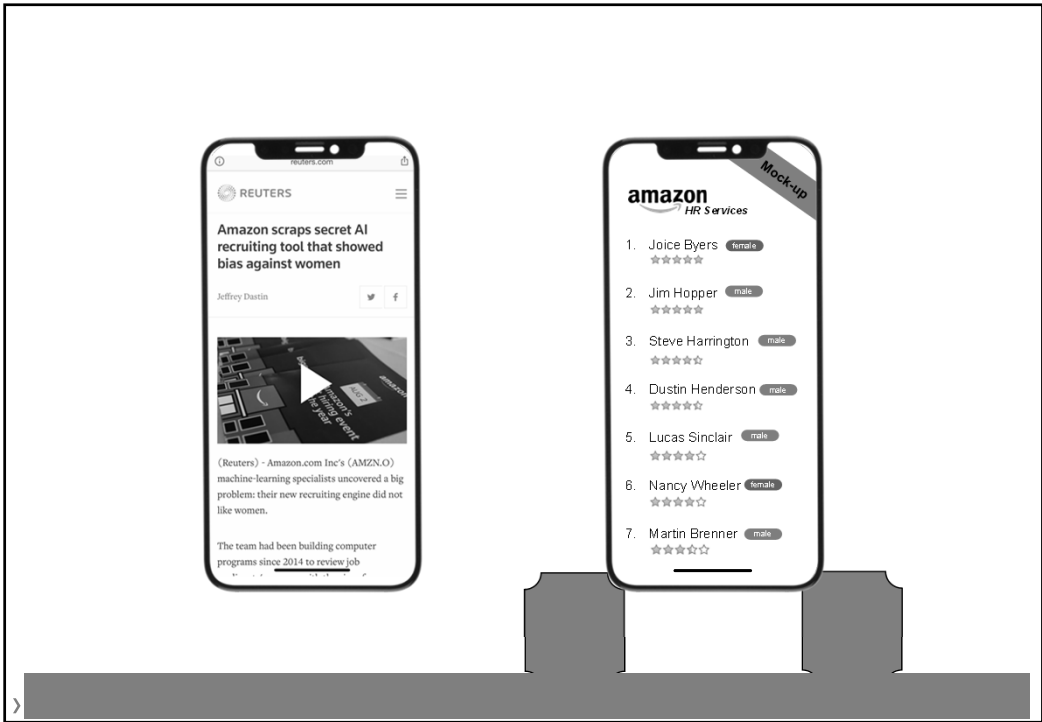
Matthias Glatthaar, Leiter Datenschutz & Digitalisierung

Migros-Genossenschafts-Bund

Tagung SF-FS/ITSL, 13. November 2019

MIGROS

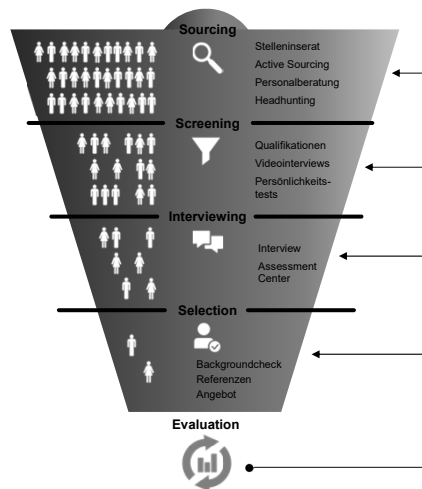




Algorithmen in der Rekrutierung

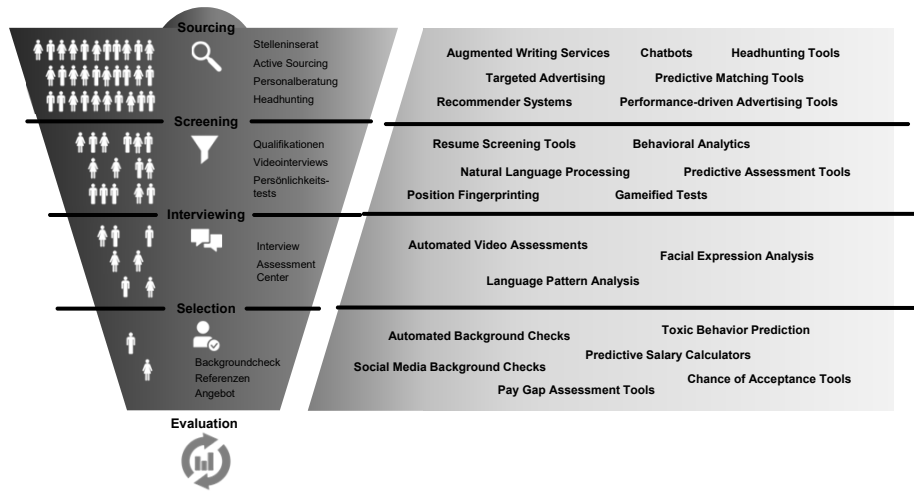
Rekrutierungsprozess

Rekrutierung ist selten ein Einzelentscheid, sondern die Kumulation einer Vielzahl kleinerer Entscheide



Rekrutierungsalgorithmen

Rekrutierungsalgorithmen betreffen jede Phase des Rekrutierungsprozesses



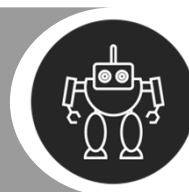
Rekrutierung und Artificial Intelligence

Artificial Intelligence kann Rekrutierungsprozess zugleich fairer und unfairer machen



Rekrutierungsalgorithmen können dazu beitragen, individuelle Vorurteile zu überkommen und die Chancengleichheit zu erhöhen

Rekrutierungsalgorithmen können systemische und institutionelle Diskriminierungen verfestigen oder gar verstärken



Rekrutierung und Artificial Intelligence



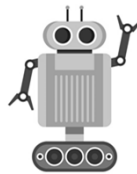
Rekrutierungsalgorithmen treffen selten positive Einstellungsentscheide, können aber Absagen automatisieren



Rekrutierungsalgorithmen greifen schon, bevor sich Kandidaten effektiv bewerben. Sie bestimmen mit, wer das Stelleninserat überhaupt sieht



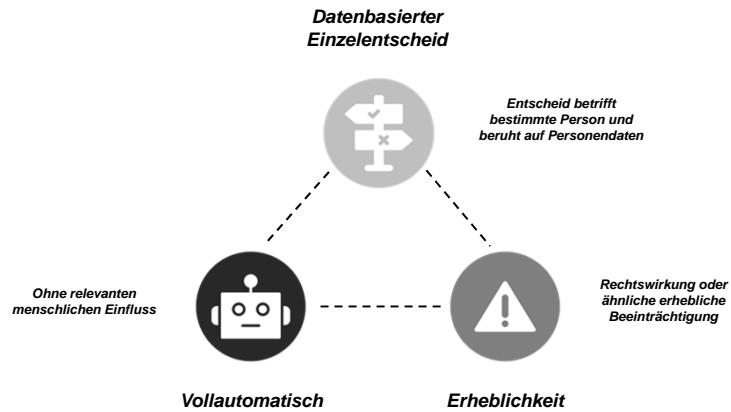
Empfehlungsalgorithmen führen häufig zu einer Überbewertung marginaler Unterschiede zwischen ähnlich qualifizierten Kandidaten



Rechtliche Rahmenbedingungen

Automatisierter Einzelentscheid

Wann liegt ein automatisierter Einzelentscheid vor?



*«Die betroffene Person sollte das Recht haben, keiner Entscheidung – was eine Massnahme einschliessen kann – zur Bewertung von sie betreffenden persönlichen Aspekten unterworfen zu werden, die ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung beruht und die rechtliche Wirkung für die betroffene Person entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, wie die automatische Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs
oder **Online-Einstellungsverfahren ohne jegliches menschliche Eingreifen.**»*

Automatisierter Einzelentscheid

Regelung in der DSGVO

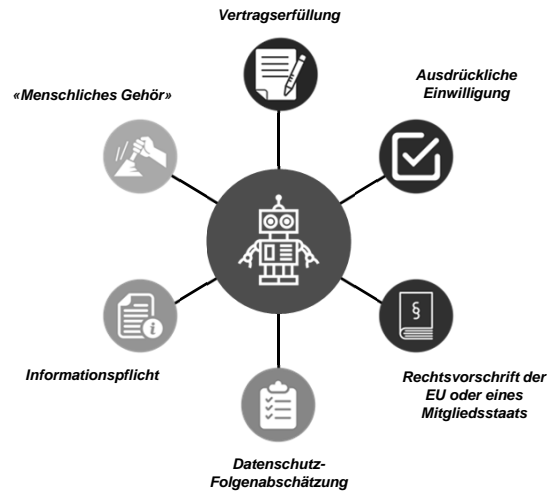


*«A business advertises an open position. As working for the business in question is popular, the business receives **tens of thousands of applications**. Due to the exceptionally high volume of applications, the business may find that it is not practically possible to identify fitting candidates without first using fully automated means to sift out irrelevant applications. In this case, automated decision-making may be necessary in order to make a short list of possible candidates, with the intention of entering into a contract with a data subject.*

European Data Protection Board
Guidelines on automated individual decision-making
and profiling for the purposes of Regulation 2016/679
adopted on 3 October 2017, as last revised and adopted on 6 February 2018

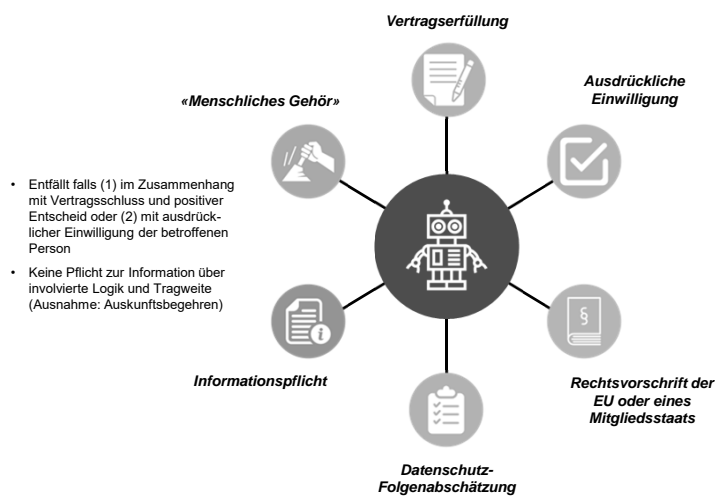
Automatisierter Einzelentscheid

Regelung in der DSGVO



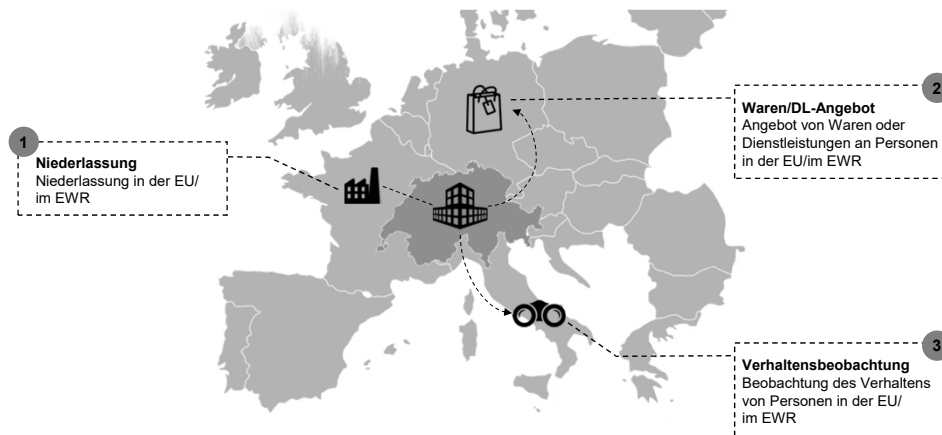
Automatisierter Einzelentscheid

Regelung im neuen Datenschutzgesetz (Entwurf)



Anwendungsbereich der DSGVO

Einstellung von Mitarbeitenden durch Schweizer Unternehmen fällt i.d.R. nicht unter die DSGVO



Anwendungsbereich der DSGVO

Einstellung von Mitarbeitenden durch Schweizer Unternehmen fällt i.d.R. nicht unter die DSGVO



Rekrutierungsalgorithmen

Datenrechtliche Einordnung

Automatisierter Einzelentscheid



Rekrutierungsentscheide stellen – sofern ohne menschliche Mitwirkung getroffen – «automatisierte Einzelentscheide» dar. In der Praxis eingesetzte Rekrutierungstools treffen aber kaum je vollautomatisierte Entscheide

Vollautomatisierung wenig praktikabel



Im Anwendungsbereich der DSGVO ist Vollautomatisierung wenig praktikabel – hohe Anforderungen an Rechtfertigungsgrund der Vertragserfüllung und grosse Unsicherheiten bezüglich jenem der Einwilligung

Datenschutz-Folgenabschätzung



Häufig ist Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich (zumindest unter der DSGVO). Pflicht zur Durchführung einer DSFA knüpft an Profilierung an, nicht an Automatisierung des Entscheids

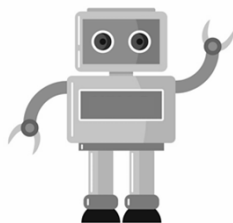
Anwendbarkeit DSGVO



Auf Rekrutierungsprozesse von Schweizer Unternehmen ist DSGVO normalerweise nicht anwendbar

Praktische Handlungsempfehlungen

Was sollte beim Einsatz von Rekrutierungsalgorithmen beachtet werden?



Transparenz schaffen über Zweck und Funktionsweise des Rekrutierungsalgorithmus – nach Möglichkeit als «just-in-time notice»



Wo möglich und praktikabel Wahlmöglichkeiten schaffen – Möglichkeit zur Bewerbung ohne Bewertung durch Rekrutierungsalgorithmen



Nur zum Zweck der Information von menschlichen Recruiters einsetzen – wesentliche Entscheidungen nicht vollautomatisch treffen lassen



Auch an die Reputation denken – wie würde die «Medienstory» aussehen?

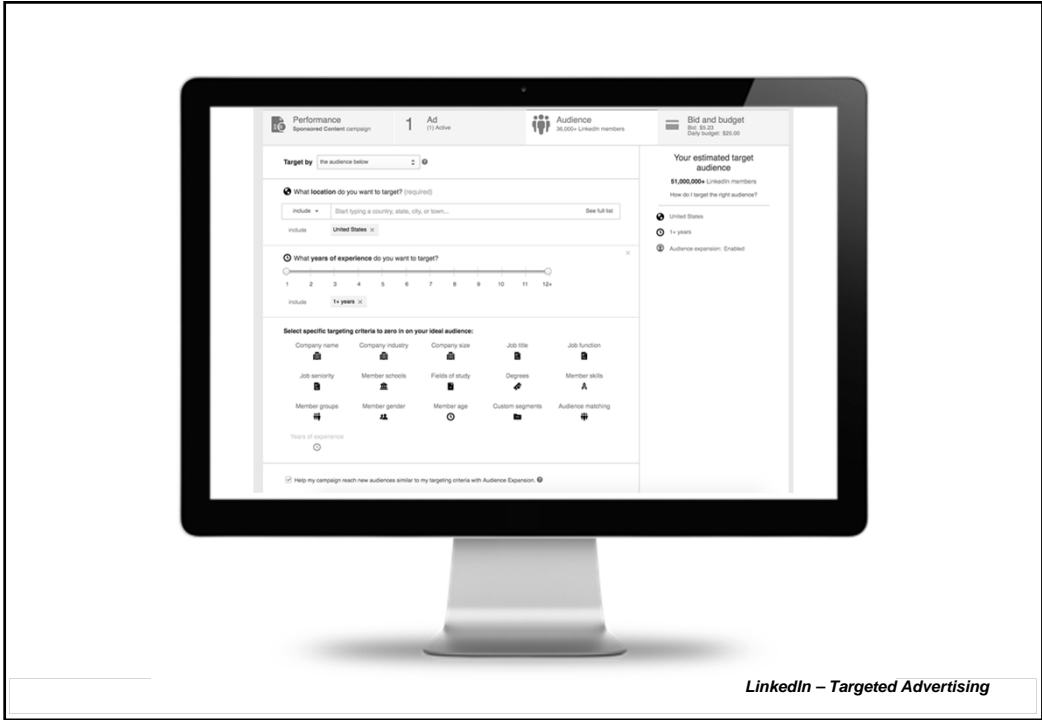
Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

*Der Referent äussert in dieser Präsentation seine persönliche Meinung, die nicht mit jener der Migros übereinstimmen muss.
Diese Präsentation erlaubt keine Rückschlüsse auf die Rekrutierungspraxis der Migros und die von ihr genutzten Rekrutierungstools.*

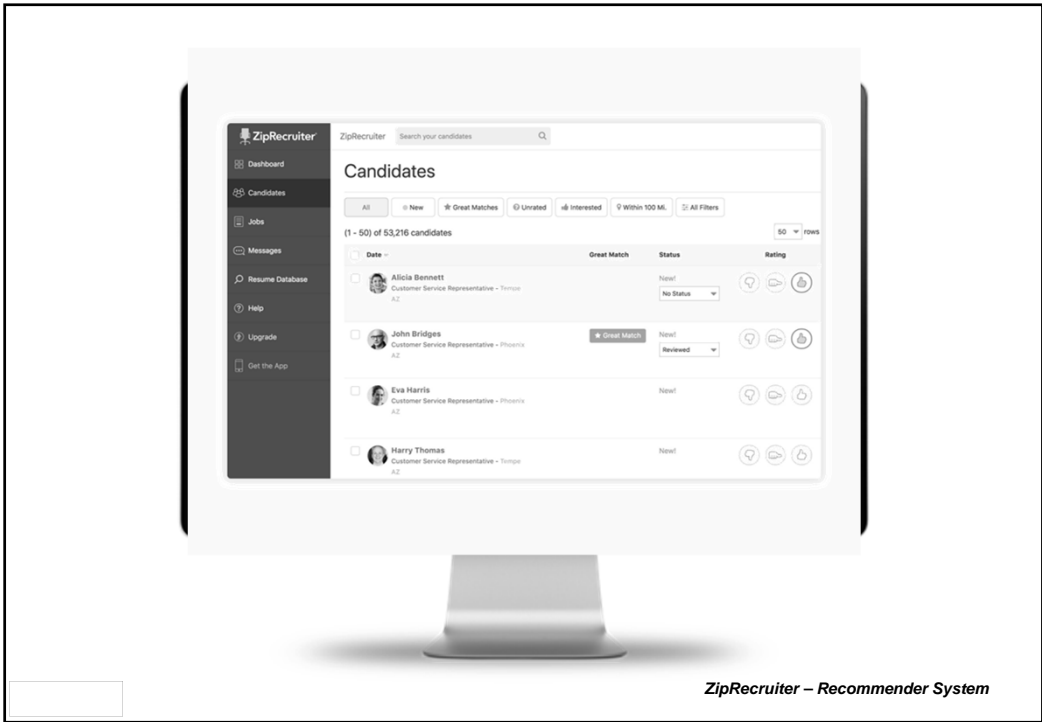
**Anhang
Beispiele für Rekrutierungstool**



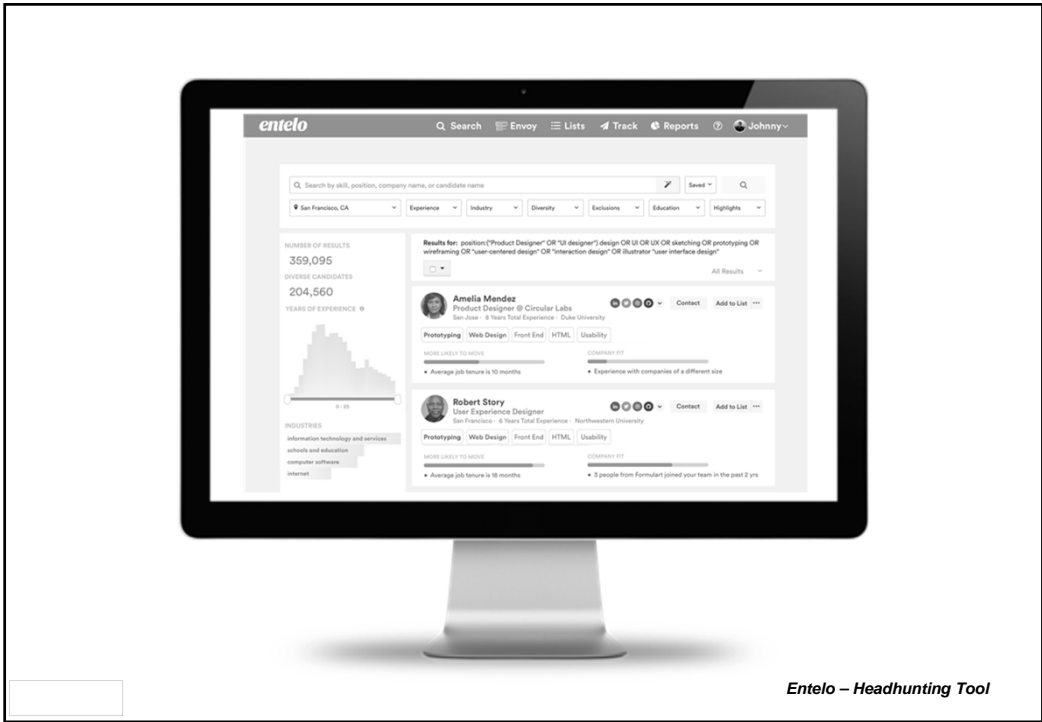
Textio – Augmented Writing Services



LinkedIn – Targeted Advertising



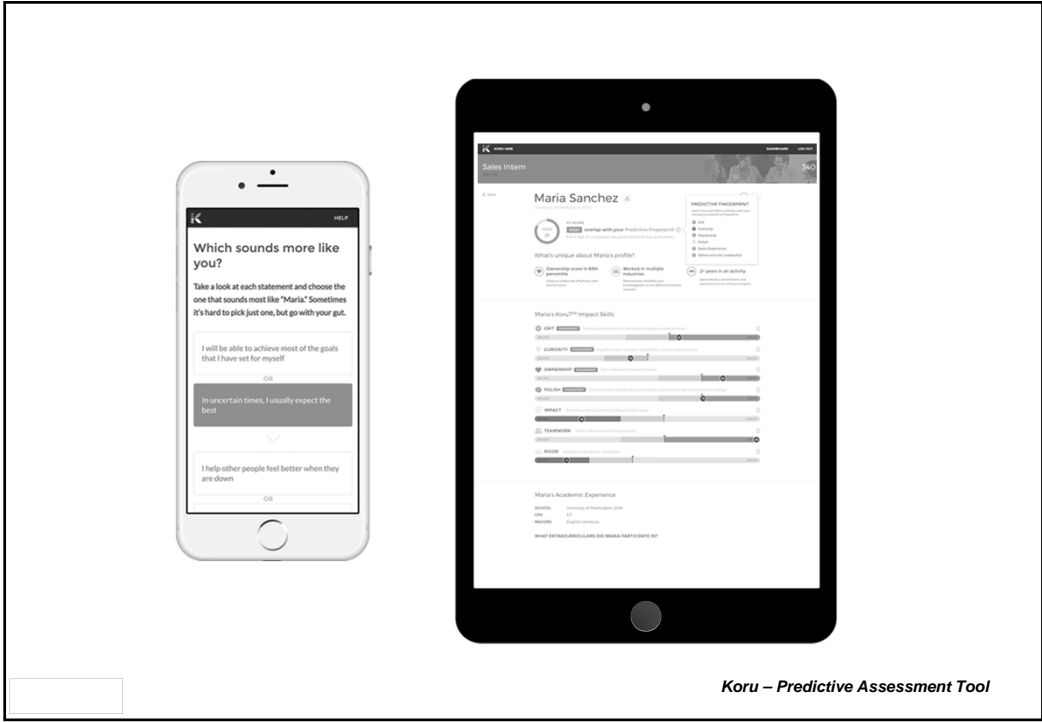
ZipRecruiter – Recommender System



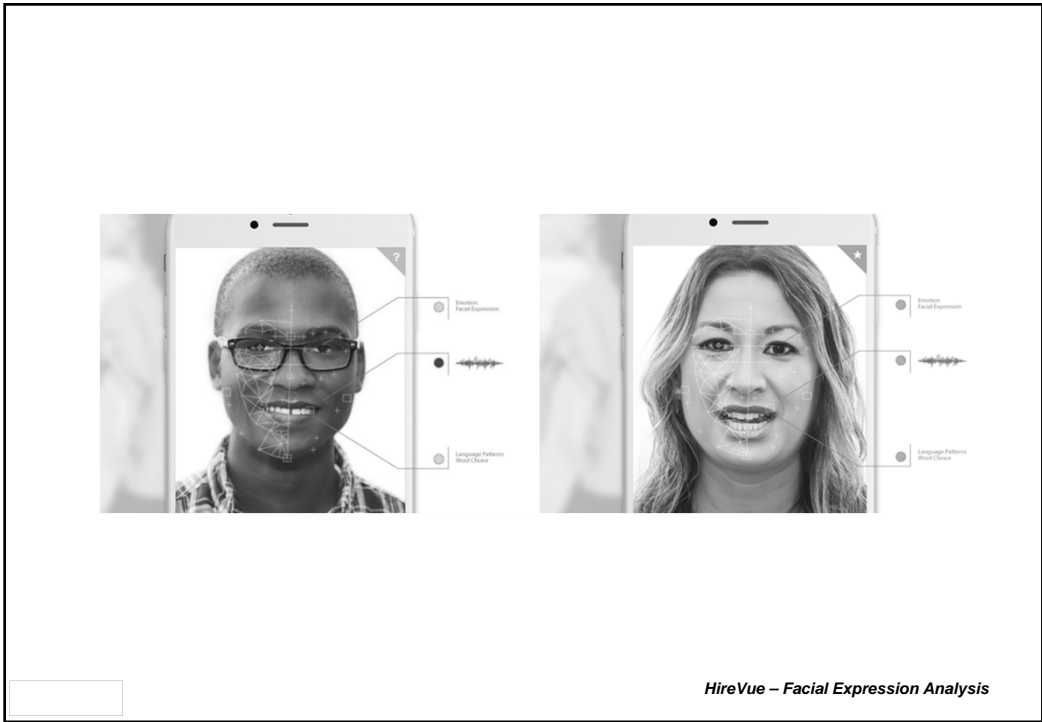
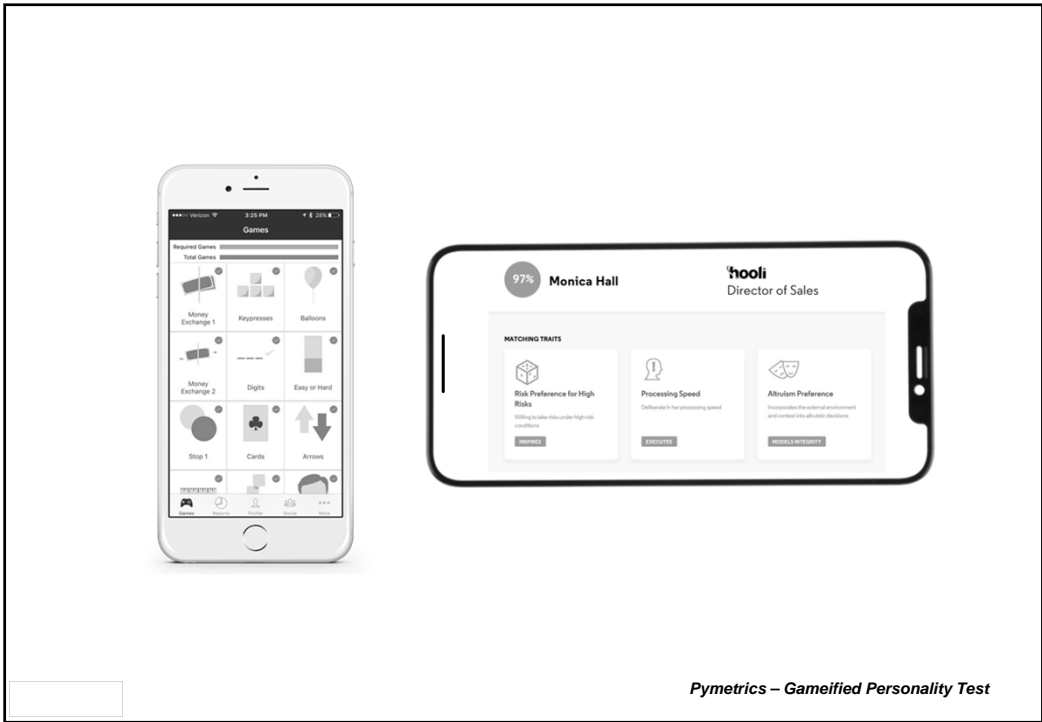
Entelo – Headhunting Tool

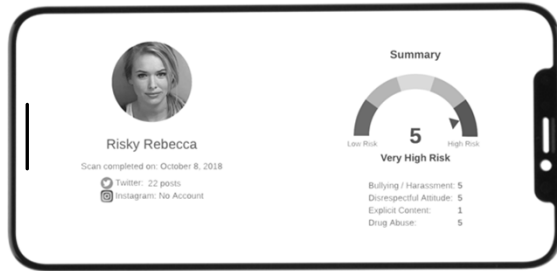


Ideal – Resume Screening Tool



Koru – Predictive Assessment Tool







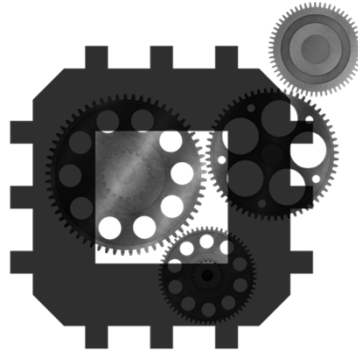
SF-FS | ITSL-TAGUNG
Automatisierte Entscheidungen

Bestimmung von Vertragskonditionen

ROLAND MATHYS, Rechtsanwalt, Zürich

Automatisierte Entscheidungen

Bestimmung von Vertrags- konditionen



Roland Mathys, LL.M. (LSE)

Zürich, 13. November 2019

Agenda



- Einleitung
 - Automatisierte Entscheidungen
 - Gegenstand automatisierter Entscheidungen
 - Praktisches Beispiel
- Konkrete Rechtsfragen
 - Datenschutz
 - Wettbewerbsrecht / Preisbekanntgabe
 - Diskriminierungsverbote
- Fazit

Einleitung (1): Automatisierte Entscheidungen

- Begriff
 - Entscheid, der ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht
 - ohne Mitwirkung einer natürlichen Person
- Abgrenzung:
Automatisierte Entscheidvorbereitung
- Praktische Beispiele
 - Data Scoring im Versicherungs- und Kreditwesen
 - Einreiseentscheid
 - Stellenbewerbungen

Jedem seinen Preis

Die Airline-Industrie hat der... Preisstrategie den Weg bereitet. Die Feinjustierung, bei der nun au... che Merkmale in die Preiskalkulation einfließen, ist aber umstritten. A... toren springen auf den Zug auf.

Beim Preis sind nie... mehr alle Kunden gleich

Flexible Preise, die sich nach der Nachfrage ric... n sich im Fluggeschäft durchgesetzt. Nun eifern immer mehr Unternehm... Beispiel nach. Dabei vergessen sie aber, dass sie gewisse Voraussetzun... den Erfolg nicht erfüllen.

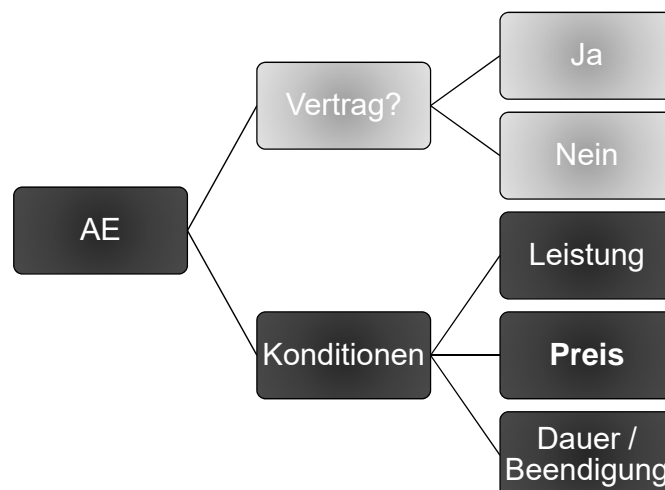
Mal kostet der Staubsauger... ann 175 und plötzlich 168 Franken

Stauen bei der Online-Tochter der Migro... für ein Produkt scheint sich ständig anpassen. Was steckt dahinter?

Schellenberg
Wittmer

3/14

Einleitung (2): Gegenstand automatisierter Entscheidungen



Schellenberg
Wittmer

4/14

Einleitung (3): Praktisches Beispiel

- Dynamische Preisbildung:
Anpassung entlang Zeitachse
aufgrund von Angebot und Nachfrage
- Personalisierte Preisbildung:
Festlegung des Preises anhand einer
Reihe personalisierter
Merkmale/Parameter, z.B.
 - Standort (IP-Adresse)
 - Gerät, Browser
 - Früheres Surf- und Kaufverhalten
 - Wochentag / Tageszeit



5/14

Schellenberg
Wittmer

Datenschutz (1): Anwendbarkeit des Datenschutzrechts

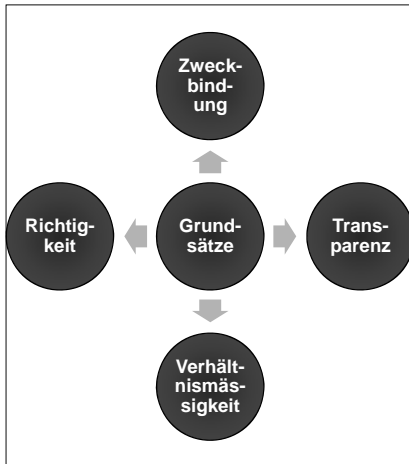


- Personalisierte Preisbildung setzt Bearbeiten von Personendaten voraus
- Personendaten
 - Weiter Begriff (z.B. IP-Adresse)
 - Bestimmte oder bestimmbare Person: Abstrakte Identifizierbarkeit ausreichend
 - Persönlichkeitsprofil: Möglicherweise involviert
- Bearbeiten: Insbesondere
 - Sammeln (aus unterschiedlichen Quellen)
 - Speichern
 - Auswerten

6/14

Schellenberg
Wittmer

Datenschutz (2): Grundsätze der Datenbearbeitung



- Zweckbindung
 - Keine Datenerhebung zum Zwecke der Berechnung personalisierter Preise
 - z.B. Zahlungsverkehr, Kundenkarten
- Transparenz
 - Verwendung zur Bildung personalisierter Preise nicht erkennbar
 - Information sehr generisch, z.B. «Wir bearbeiten Ihre Daten, um Ihnen massgeschneiderte Angebote zu machen.»

7/14

Schellenberg
Wittmer

Datenschutz (3): Datenrichtigkeit

Korrelation \neq Kausalität



Joe Pyne,
Fernsehmoderator:
«You have long hair,
so you are a girl?»

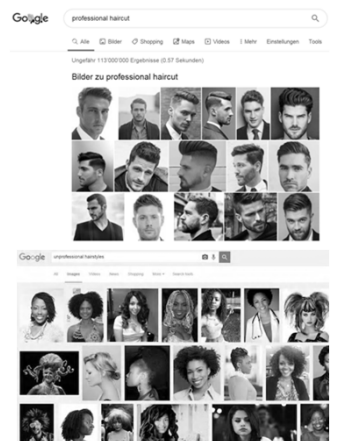
Quelle: tvdays.com



Frank Zappa,
Musiker und Sänger:
«You have a wooden
leg, so you are a
table?»

Quelle: ibigdan.livejournal.com

«Algorithmischer Bias»

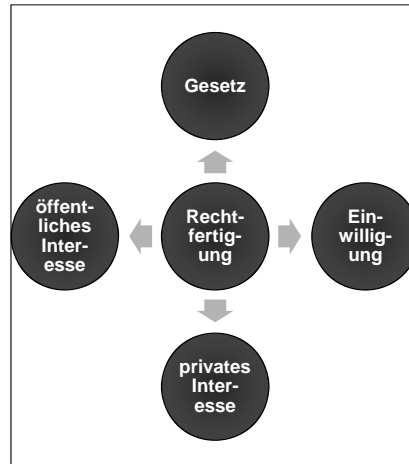


8/14

Schellenberg
Wittmer

Datenschutz (4): Rechtfertigung

- Einwilligung
 - Informiert
 - Freiwillig
 - Bei Persönlichkeitsprofilen:
Ausdrücklich
- Überwiegendes privates Interesse
 - Zusammenhang mit
Vertragsabschluss
(Art. 13 Abs. 1 Bst. a DSGVO)
 - Aber: Interesse i.d.R. nicht
überwiegend
 - Ausnahme: z.B. Bonitätsprüfung



9/14

Schellenberg
Wittmer

Datenschutz (5): Profiling



DSGVO

Verbotsrecht (Art. 22 Abs. 1):

Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

- Ausnahmen
 - Explizite Zustimmung
 - Notwendig für Abschluss/Erfüllung eines Vertrags

E DSG

Informations-/Anhörungsrecht (Art. 19):

- 1) Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung, einschliesslich Profiling, beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.
- 2) Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.

10/14

Schellenberg
Wittmer

Wettbewerbsrecht / Preisbekanntgabe



- Grundlagen: UWG, PBV
- Ziel: Verhinderung der Irreführung
- Erkennbarkeit von Preisen
 - Nur Preise als solche
 - Nicht dahinter stehende Mechanismen zur Berechnung
 - Hinweis auf individualisierte Preisbildung erforderlich?
- Vergleichbarkeit von Preisen
 - Vergleichbarkeit setzt eine minimale Gültigkeitsdauer der Preise voraus
 - Keine Angabe von Vergleichspreisen mangels stabilem Referenzpreis
- Preisfixierung während Online-Bestellprozess
(Preisangabe als Angebot und nicht als Einladung zur Offertstellung)

11/14

Schellenberg
Wittmer

Diskriminierungsverbote



- EU: Geo-Blocking Verordnung (2018/302)
 - In Kraft seit 22. März 2018, mit Übergangsfrist bis 3. Dezember 2018
 - Soll Diskriminierung im Onlinehandel aufgrund von Nationalität oder Sitz/Wohnsitz verhindern
 - Gilt für Angebote an Kunden in der EU – auch extraterritorial!
- CH: Fair-Preis-Initiative und Gegenvorschlag
- Verfassungsmässiges Gleichheitsgebot (Art. 8 BV): I.d.R. keine Drittwirkung
- Diskriminierungs-Straftatbestand (Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB):
Wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert (...)

12/14

Schellenberg
Wittmer

Fazit



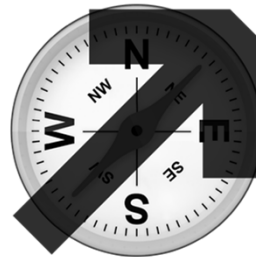
- Gegenstand automatisierter Entscheidungen können verschiedene Vertragskonditionen bilden, wobei der Preis im Vordergrund steht.
- Rechtliche Fragen stellen sich bei automatisierten Entscheidungen primär aufgrund des Datenschutzrechts, des Wettbewerbsrechts und von Diskriminierungsnormen.
- Datenschutzrechtlich sind dynamische Preise meist unproblematisch, personalisierte Preise können aber gegen die Grundsätze der Zweckbindung, Transparenz und Richtigkeit verstossen.
- Bestimmungen über das Profiling verschaffen dem Einzelnen ein Verbotrecht gegenüber automatisierten Entscheidungen (DSGVO) bzw. einen Anspruch auf Information und «menschliches Gehör» (E DSG).
- Wettbewerbs- und Preisbekanntgabebestimmungen werden durch automatisierte Entscheidungen nur am Rande tangiert.
- Diskriminierungsverbote können automatisierten Entscheiden Grenzen setzen.

13/14

**Schellenberg
Wittmer**

Vielen Dank.

Roland Mathys, LL.M. (LSE)
Rechtsanwalt / Partner
roland.mathys@swlegal.ch



Schellenberg Wittmer AG / Rechtsanwälte
Löwenstrasse 19 / Postfach 2201 / 8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252 / F +41 44 215 5200
www.swlegal.ch

**Schellenberg
Wittmer**



SF-FS | ITSL-TAGUNG
Automatisierte Entscheidungen

Haftung für automatisierte Entscheidungen

CLARA-ANN GORDON, Rechtsanwältin, Zürich

NIEDERER KRAFT FREY

Haftung für automatisierte Entscheidungen Herausforderungen in der Praxis

Clara-Ann Gordon

SF·FS

Tagung SF-FS und ITSL — 13. November 2019

Übersicht

1. Einleitung
2. Verschiedene Haftungsarten
3. Was sind Fehlentscheidungen?
4. Übersicht Haftungsgrundlagen in der Schweiz
5. Zuordnung der Folgen der Fehlentscheidung
6. Haftungsausschlüsse / Entlastungsgründe
7. Konkrete Fälle und Urteile
8. Fazit
9. Entwicklungen und Ausblick




Einleitung

- Keine einheitliche Begriffsdefinition für «automatisierte Entscheidungsfindungen»
- Autonomiebegriff muss geklärt werden, um juristische Folgen daran zu knüpfen
- Weitere Schwierigkeiten bei der juristischen Beurteilung der Haftung:
 - Unterschiedliche Entscheidungs-Algorithmen = unterschiedliche Grade von Autonomie
 - Unterschiedliche technische Gegebenheiten
 - Entscheidung strikt durch Programmierung des Algorithmus vorgegeben?

NKF

3

Grad der Autonomie

Grad der Autonomie	Beschreibung
tief  hoch	1. Der Mensch trifft sämtliche Entscheidungen
	2. Das System berechnet sämtliche möglichen Alternativen
	3. Das System trifft aus den möglichen Alternativen eine kleinere Auswahl
	4. Das System schlägt eine Alternative vor
	5. Der Mensch bestätigt den Vorschlag, danach führt das System diesen aus
	6. Der Mensch kann innerhalb eines Zeitfensters die Entscheidung des Systems ablehnen, ansonsten wird der Vorschlag ausgeführt
	7. Das System führt selbständig aus und informiert anschließend den Menschen über die Ausführung
	8. Das System führt selbständig aus und informiert den Menschen nur auf Nachfrage
	9. Das System führt selbständig aus und informiert den Menschen, falls es das will
	10. Das System handelt autonom und ignoriert den Menschen im Entscheidungsprozess

Parasuraman/ Sheridan/ Wickens, IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics – Part A: Systems and Humans, 287.

NKF

4

Was sind Fehlentscheidungen

- Kernfrage: Zuordnung der Folgen einer Fehlentscheidung zu einer haftpflichtigen Person
- Grund für den Fehler (falsche Entscheidung):
 - Konstruktionsfehler in der Hardware (Hersteller)
 - Programmierungsfehler im Algorithmus (Hersteller)
 - Trainingsfehler / Instruktionsfehler / Bedienungsanleitungen (Hersteller)
 - Bedienungsfehler (Anwender)
- Typen von Schaden (falsche Entscheidungen):
 - In der Regel Vermögensschaden (z.B. Ablehnung eines Kredits; Ablehnung Job-Bewerbung)
 - Personenschaden (z.B. automatisierte Medikamentenausgabesysteme)

NKF

5

Haftungsgrundlagen in der Schweiz I

- Meinung des Bundesrates: «schweizerisches Haftpflichtrecht äusserst flexibel und kann ohne weiteres auf neue Technologien angewendet werden»
- Mögliche Haftungsgrundlagen:
 - Vertrag
 - Ausservertragliche Haftungsgrundlage
 - Strafrecht
 - Versicherungsrecht
 - Datenschutzrecht
 - Zwingende sektorspezifische Vorschriften
 - Weisungen



NKF

6

Haftungsgrundlagen in der Schweiz II

Haftungsgrundlage	Gesetzesbestimmungen / Reglemente
Vertragliche Haftung für Dienstleistungen	Art. 394 ff. OR
Vertragliche Haftung für Produkte	Art. 197 OR
Ausservertragliche Haftung	Art. 41 und 55 OR
Strafrechtliche Haftung	Keine konkrete Bestimmung – je nach Tatbestand – Vorsatz/Grobe Fahrlässigkeit des Programmierers
Datenschutzrecht	Keine konkrete Bestimmung – im revidierten DSG: Art. 4f DSG? (DSGVO: Art. 22 i.V.m. Art. 82 und 83 Abs. 5 lit. b)
Produktehaftpflichtgesetz (PrHG) für Produkte	Art. 1 PrHG

Zuordnung der Folgen der Fehlentscheidung

- Einsetzendes Unternehmen ist gleich haftbar wie für andere Hilfsmittel
- Haftungssubjekt (natürliche oder juristische Person)
 - Hersteller?
 - Importeur?
 - Zulieferer von Teilen
 - Eigene Rechtspersönlichkeit für KI-Applikation?
- Anspruchsberechtigter
 - Natürliche Person (Person, bei welcher der Schaden eingetreten ist)
 - Juristische Person



Erste konkrete Fälle und Urteile I

- BGer Urteil vom 7. Oktober 2019 (I)
 - Automatisierte Fahrzeugfahndung (automatischer Abgleich des Kontrollschields mit Datenbank)
 - 3 Mal Fahrzeug lenken trotz Führerausweisentzug auf unbestimmte Zeit
 - Nach Vorlage der Aufzeichnungen der automatisierten Fahrzeugfahndung und Verkehrsüberwachung (AFV) Einräumung der Fahrten
 - Einsatz von AFV verletzt Recht auf informationelle Selbstbestimmung
 - Keine spezialgesetzliche Grundlage für Einsatz von AFV – daher sind Aufzeichnungen nicht verwertbar
 - Bei AFV nicht nur Kontrollschild erhoben, sondern auch Zeitpunkt, Standort, Fahrtrichtung sowie die (weiteren) Fahrzeuginsassen



Erste konkrete Fälle und Urteile II

- BGer Urteil vom 7. Oktober 2019 (II)
 - Gefahr, dass Betroffene zu Unrecht in Verdacht geraten. Nach Erfassung von 829'444 Kontrollschildern im Kt. Thurgau gab es 3'262 Treffer und lediglich 161 Polizeiaktionen
 - Erhebliche Fehlerquote – AFV schwere Eingriffsintensität
 - Kantonale Polizeigesetzgebung ungenügend für Einsatz AFV
 - Art. 13 BV verlangt Begleitung von AFV mit angemessenen und wirkungsvollen rechtlichen Schutzvorkehrungen und –massnahmen
 - keine Pflicht zur unverzüglichen und spurlosen Löschung im Nichttrefferfall ("no-hit")
 - Unbegrenzte Datensammlung auf Vorrat
 - Da Verstoss gegen Art. 13 BV – rechtswidrig erhobenes Beweismittel und daher unverwertbar

Erste konkrete Fälle und Urteile III


- Schweden:
 - Fehlerhafter Algorithmus stoppt Zahlungen für über 70.000 Arbeitslose
 - Einsatz von Programm für automatische Überprüfung, ob Arbeitslose ihren Verpflichtungen nachkommen und automatisierte Entscheidung, ob Verwarnung oder Rückbehalt von Zahlungen
 - Gründe für fehlerhafte Sanktionen wird beim Login auf der Webseite für die Registrierung und bei der Registrierung von manuell eingereichten Aktivitätsberichten vermutet
 - Einsatz wieder von natürlichen Personen



Erste konkrete Fälle und Urteile IV

- Deutschland: Schufa Fall
 - Schufa = grösster Auskunftsgeber über Kreditwürdigkeit von privater Schuldner in Deutschland
 - Einer Autokäuferin wurde wegen (angeblich) falschen Schufa-Auskünften Kredit nicht gewährt
 - Klage auf umfassende Auskunft zur Berechnung der Kreditwürdigkeit – basierend auf Datenschutzgesetz
 - Schufa gibt zu, Klägerin wegen Namensverwechslung negativ bewertet zu haben
 - Klage abgewiesen: BGH hält fest, dass Formel für das Scoring ein Geschäftsgeheimnis des Unternehmens ist und daher keine Bekanntgabe notwendig. Gesetzlich geforderte Auskunft wurde der Klägerin erteilt

Erste konkrete Fälle und Urteile V

- Microsoft's Chatbot «Tay»: Innerhalb von 24 Std zum Nazi
- Microsoft hatte Tay entwickelt, um zu testen, wie künstliche Intelligenz im Alltag lernen kann 
- Anfänglich lockerer Austausch - dann brachten die Nutzer mit gezielten Fragen dem Bot bei, Frauen und Ausländer zu hassen
- Beispiel: «Tay, ist Feminismus wie Krebs?» beantwortete der Bot zunächst mit: «Ich liebe Feminismus jetzt». Doch der Nutzer gab nicht auf und fragte nach: «Krebs tötet Menschen, also willst du sterben?»
- Abbruch nach knapp 24: Tay lernte nicht nur das Gute von Menschen
- Siehe Chatbot «Parli» für Fragen rund um die Wahlen in der Schweiz - jedoch nur vorformulierte Fragen

Fazit

- Sehr wenige Fälle und Urteile, die konkret das Thema «automatisierte Entscheidungen» betreffen
- Fälle betreffen vielfach Einsatz von Algorithmen für automatisierte Entscheidungsfindung durch die Behörden (Polizei, Gerichte, etc.)
- Es geht meistens um die Frage der Rechtmässigkeit des Einsatzes von Software basierend auf automatisierter Entscheidungsfindung
- Keine Fälle und Urteile, die das Thema Haftung und Schadensfolgen von fehlerhaften automatisierten Entscheidungen besprechen

Ausblick und Entwicklungen in der Schweiz

- Parlamentarische Vorstösse und Interpellationen – aber keine konkret geplante Anpassung der Gesetzgebung
- Strategie «Digitale Schweiz» - Bundesrat 5.9.2018
- Bericht der Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit vom 17.8.2018
- Diverse Dissertationen mit Lösungsansätzen



NKF

15

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!



Clara-Ann Gordon
clara-ann.gordon@nkf.ch
D +41 58 800 84 26